

DERECHO SOCIAL

La nueva movilidad jubilatoria nacional y el ataque al principio de progresividad en materia de derechos sociales

POR **ADOLFO NICOLÁS BALBÍN (*)**

Sumario: I. Introducción.- II. Breve conceptualización de la movilidad jubilatoria.- III. El derecho social a la movilidad jubilatoria en la Convención Nacional Constituyente de 1957. Algunas líneas.- IV. El valor de los principios jurídicos en la Seguridad Social.- V. El principio de progresividad en materia de derechos sociales.- VI. Breve repaso sobre la derogada ley de movilidad jubilatoria nacional.- VII. El sistema actual.- VIII. La crisis de la ley 27.426 en relación con el principio de progresividad.- IX. Conclusiones.- X. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo refiere a la vinculación existente entre el sistema de la movilidad jubilatoria nacional actual y el principio de progresividad en materia de derechos sociales. En especial, trata de estudiar de manera crítica el modelo de la ley 27.426, para poder comprender si respeta o no las bases jurídicas del derecho de la seguridad social. Para ello, partiendo de conceptos generales como la movilidad previsional y el valor de los principios del derecho, con especial énfasis al de progresividad, se trata de comprobar la hipótesis inicial, analizando el contenido y alcance de la movilidad jubilatoria nacional actual con la regla de la no regresividad. Se utilizan diversas fuentes, como la doctrina, la legislación, la jurisprudencia, y la constitución nacional con algunos tratados internacionales, las que permiten arribar a la conclusión de que la ley 27.426 vigente en Argentina desde finales del 2017 resulta violatoria del principio de progresividad.

Palabras claves: movilidad jubilatoria nacional - principio de progresividad - derechos sociales

The new national pension mobility and the attack on the principle of progressivity in the area of social rights

Abstract: this work refers to the link between the current national pension mobility system and the principle of progressivity in the area of social rights. In

(*) Abogado (UNLP). Prof. Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

particular, it tries to critically study the model of law 27.426, in order to understand whether or not it respects the legal bases of social security law. For this, starting from general concepts such as pension mobility and the value of the principles of law, with special emphasis on progressivity, it is a question of checking the initial hypothesis, analyzing the content and scope of the current national pension mobility with the rule of the non-regression. Various sources are used, such as doctrine, legislation, jurisprudence, and the national constitution with some international treaties, which allow us to arrive at the conclusion that law 27.426 in force in Argentina since the end of 2017 is in violation of the principle of progressivity.

Keywords: *national pension mobility - principle of progressivity - social rights*

I. Introducción

A fines del año 2017 se sancionó la nueva ley de movilidad jubilatoria que, dejando atrás los parámetros puestos en práctica desde el año 2009, vino a regular un especial aspecto del sistema de la seguridad social, aunque sin respetar los márgenes elementales de esa materia jurídica.

En especial, creemos que la ley 27.426 —sistema vigente— ha entrado en directa colisión con el principio de progresividad en materia de derechos sociales desde que, antes que respetar el nivel de derechos alcanzados por los jubilados y pensionados, supuso una reducción evidente del mismo, tras promulgarse un mecanismo retroactivo empapado de intereses económicos que socavaron los contenidos nucleares de la justicia que, como abstracción y sobre todo como concreción, deben primar en la especie.

Con esa idea central, nos proponemos avanzar en este proceso de investigación y, para ello, hemos pensado en un plan de trabajo que nos permita abordar, de la manera más clara posible, un inconveniente complejo de la realidad jurídica actual.

Dos son los ejes de nuestro trabajo: la movilidad jubilatoria y el principio de progresividad. Por consiguiente, resulta elemental, según creemos, inicialmente abordar el primer instituto antes mencionado, desbrozando sus elementos más importantes, permitiéndonos comprender su sentido teórico, pero también sus implicancias prácticas; en un tramo siguiente, abordaremos el valor de los principios en general y, puntualmente, el alcance e importancia del principio de progresividad.

Utilizaremos para ello diversas fuentes, entre las que se puede señalar la doctrina, la jurisprudencia, la ley y la Constitución, tomando, respecto de esa última, no

solamente su redacción actual, sino también ciertas ideas expresadas en la Convención Nacional Constituyente de 1957 y algunos tratados internacionales.

Completado ese contenido importante y base de este trabajo, pasaremos al estudio de la movilidad jubilatoria en el derecho positivo argentino a nivel nacional frente a lo cual, si bien escribiremos ciertas palabras respecto de los mecanismos no vigentes, nos concentraremos específicamente en el estudio de la sistemática actual ley 27.426, que ha motivado esta investigación.

Mas para que el derecho vigente pueda ser comprendido —sobre todo en relación a nuestra hipótesis de trabajo— necesita ser vinculado con otras fuentes jurídicas. Es por ello que, hacia el final, nos proponemos enlazar todos los ítems que proyectamos analizar en este artículo, los que, puntualmente, darán cuenta de la relación que advertimos entre el sistema de la movilidad jubilatoria actual y el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

Para cerrar, expresaremos nuestras conclusiones.

II. Breve conceptualización de la movilidad jubilatoria

Es dable recordar que en la lucha de las personas contra la adversidad creada por el entorno socio económico (en el que necesariamente participa, directa o indirectamente), todos hemos aprendido a medir nuestra impotencia y a buscar en el apoyo y la solidaridad de los seres que nos rodean los medios para conjurar los peligros comunes, siendo en esa senda en donde la organización y sistematización de la seguridad social, como manifestación política y como creación científica, tiende a liberar a las personas de esa sensación —o situación— de inseguridad, ocasionada por peligros compartidos. Al respecto, señaló en su oportunidad el profesor uruguayo Francisco de Ferrari, que la inestabilidad de las condiciones económicas constituye también un riesgo del cual nadie puede considerarse libre (1972, p. 105).

Continuando, podemos decir que una de las situaciones que provocan mayor inseguridad en nuestras sociedades es la inevitable llegada de la vejez, o etapa de la pasividad económico-profesional, en la que a través de la organización de un subsistema de jubilaciones y pensiones, el derecho de la seguridad social ha tratado de apaciguar el valladar insoslayable configurado por un dato biológico común en todas las personas.

En base a la organización de tal subsistema, se intenta brindar un respaldo económico y de salud para quienes ya no cumplen tareas laborales o bien, en el caso de que no haya mediado prestación laboral durante la vida activa, para los que

gocen de algún derecho jubilatorio o pensionario en orden a la implementación extensiva de los mecanismos político-protectorios enunciados.

En ese marco, y en líneas generales, se entiende que la jubilación cumple la función de ser un salario de sustitución, pues viene a suplantar la tarea que en plena etapa de actividad laboral cumplía la remuneración como prestación conmutativa derivada de una relación de trabajo (1).

Como lo señala la doctrina, siempre se tuvo en cuenta para la determinación de las remuneraciones y, por ende, de la jubilación, que las sumas que la persona recibía debían ser suficientes para costear los gastos de la subsistencia humana con alto grado de dignidad, agregándose que, en resguardo del haber jubilatorio, se debía tener principalmente en cuenta el concepto constitucional de la integridad (Chirinos, 2009, p. 341) (2).

En dicho tramo aparece el concepto de la movilidad jubilatoria, siendo definida esta como el procedimiento que tiende a reparar los perjuicios que ocasionan en los haberes jubilatorios la inflación y, su consecuencia, el aumento salarial de los trabajadores activos (Guillot, 2013, p. 687).

Al respecto, Juan José Etala ha dicho que así como la inflación destruye el valor adquisitivo del salario percibido por el trabajador en actividad y provoca la lucha de éste por intermedio de las organizaciones gremiales con el objeto de obtener mayores ingresos para compensar el desequilibrio producido, también sufre las mismas consecuencias el haber del jubilado, teniendo este la desventaja de no poder utilizar los medios de lucha sindicales para obtener mejoras porque, en principio, la persona en estado de pasividad se encuentra al margen de la lucha sindical (1966, pp. 210-211).

Ahora bien, en momentos en que se intenta aproximar un concepto específico de la movilidad jubilatoria, es útil la cita de una idea expresada por los jueces

(1) La CSJN ha expresado que “La jubilación constituye la prolongación, después de la cesación regular y definitiva de la actividad social laboral del individuo, de la remuneración, como débito de la comunidad por el servicio que él ha prestado” (caso “Bercaitz, Miguel Ángel s/ Jubilación”, sent. 13-9-1974, publicado en colección de Fallos 289:430, p. 437).

(2) En la jurisprudencia de la CSJN encontramos estas palabras útiles: “Entre los principios básicos a que se encuentra sometido el régimen de los haberes previsionales y su movilidad se destaca el de la razonable proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, habida cuenta de la naturaleza “sustitutiva” que cabe reconocer al primero respecto del segundo y los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico respectivo, de modo tal que el conveniente nivel de la prestación jubilatoria se considera alcanzado cuando el pasivo conserve una situación patrimonial equivalente a la que hubiera tenido de continuar trabajando” (disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert), en la causa “Villagra María Teresa s/ Pensión-reajuste”, sent. 14-10-99, publicada en la colección de Fallos 322: 2458.

que votaron en minoría en la causa Chocobar(3), en donde se afirmó que dicha cláusula constitucional no significaba un mero reajuste por inflación medido con relación a un índice periódico que se vincula con algunas de las variables económicas, sino que era una previsión de orden constitucional que tiene un profundo contenido humanitario y social (considerando 15, página 99), agregando en otro de sus precedentes que la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad (4).

Por ende, podemos decir, referenciando a buena doctrina, que la movilidad jubilatoria es un derecho subjetivo exigible que el Estado debe garantizar, destinado al mejoramiento de la calidad de vida del jubilado como parte de la comunidad (González, 2006, p. 229) (5).

Asimismo, vale señalar que en resguardo del haber jubilatorio, se debe tener en cuenta de manera elemental el principio de integralidad que antes hemos explicado brevemente, el que, en resumen, significa que la prestación jubilatoria debe ser suficiente como para solventar los gastos que demanda la vida humana con dignidad (6) (Chirinos, 2009, p 341), y que el derecho que se tutela refiere a la percepción de una prestación alimentaria que no guarda relación alguna con la situación patrimonial de su titular (Besteiro, 2014, p. 116).

Como se desprende de lo anterior, la movilidad de los haberes previsionales refiere a un derecho social de carácter subjetivo y constitucional, generador de

(3) “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad”, sent. del 27/12/96 (publicado en la colección de Fallos 319: 3241).

(4) Caso “Bisso, Victorio s/ Jubilación”, colección Fallos CSJN 307: 2366.

(5) El mismo autor da cuenta que “La afirmación de la mayoría de los jueces de que las leyes jubilatorias son de manifiesto carácter asistencial minimiza o empequeñece los derechos previsionales, siendo incompatible con una interpretación conforme la constitución del artículo 14 bis. Es también contradictoria con el carácter integral e irrenunciable de los beneficios de la seguridad social, y con el reconocimiento de la seguridad social como un derecho humano fundamental en los términos de los tratados internacionales de derechos humanos” (González, 2006, p. 229).

(6) En esto, la CSJN ha señalado lo siguiente: “Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil -dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna- encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad” (caso “Sánchez”, sent. 17/05/2005, publicado en la colección de Fallos: 328: 2833).

obligaciones paralelas que gravan la conducta del Estado y sus operadores para actualizar la cuantía de los derechos monetarios particulares, en orden no solamente al incremento de la inflación sino, puntualmente, a la variación de los salarios del personal en actividad; ello para mantener, lo más aproximadamente posible, la vinculación entre el ingreso de los activos respecto de los sujetos que se encuentran en una etapa de pasividad, conservar el rol sustitutivo de la jubilación y permitir el mantenimiento de la dignidad y calidad de vida de los particulares, de manera independiente a la fortuna que posean.

III. El derecho social a la movilidad jubilatoria en la Convención Nacional Constituyente de 1957. Algunas líneas

Fue en la Convención Constituyente de 1957 en donde se logró la incorporación del artículo 14 bis a nuestra Constitución Nacional. En dicho precepto, se receptan los derechos del trabajo en su versión individual y colectiva (párrafos primero y segundo, siendo el miembro informante de tal sección —en cuanto a sus motivos fundantes—, el Dr. Carlos Bravo), así como también los atinentes al derecho de la seguridad social entendida en un sentido amplio (tercer párrafo, siendo el Dr. Mario Giordano Echegoyen el encargado de brindar sus fundamentos elementales) (7).

Sin profundizar demasiado en las citas de la mencionada Convención, hemos seleccionado una serie de ideas importantes para el trabajo que nos convoca en esta hora.

Respecto de la inclusión de los nuevos derechos sociales en el texto de la Constitución Nacional, el convencional por el partido demócrata cristiano, Dr. Horacio José Peña, afirmó que la incorporación de principios que garantizaran los derechos del trabajo y la seguridad social era una consecuencia de la etapa de evolución en que vive el mundo, que había pasado de un constitucionalismo de tipo individualista iniciado por la Revolución Francesa a una época de constitucionalismo social, agregando luego que, al incorporar los derechos sociales y gremiales a la Constitución, nos ubicábamos en una línea reformista encargada

(7) Al respecto, el convencional Jaureguiberry manifestó lo siguiente: "(...) hemos coincidido en la programación de los derechos sociales hombres de las más diversas ideologías políticas. Nadie puede sospechar de una connivencia ideológica; todos pueden presumir de un pensamiento común: dotar al país, en su Carta Fundamental, de los principios del constitucionalismo social, etapa no prevista por los hombres de 1853 que hoy aquí nadie discute, etapa que significa poner nuestra realidad en la hora social y política que vive el mundo, etapa que es la serena y proficua esperanza de contribuir al bienestar general y colocar en forma duradera la piedra fundamental de una verdadera paz social argentina" (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1219).

—como mejor manera— de evolucionar en el orden social, sin cambios violentos, para pasar de un sistema económico social a otro (Diario de Sesiones, tomo II, pp. 1.252 y 1.253).

Respecto del sentido general de la seguridad social, el convencional Martella citó la opinión de Edward Phelan, por entonces Director de la Oficina Internacional del Trabajo, quien afirmaba antes de terminada la última guerra mundial lo que sigue: “el fin de la política futura debe ser asegurar para cada individuo, no sólo un mejoramiento de las condiciones de trabajo, sino también una seguridad económica sin la cual, como ahora se reconoce, no será posible alcanzar una justicia social con resultados satisfactorios” (Diario de Sesiones, tomo II, pp. 1.247 y 1.248); y afirmó en un párrafo posterior que la sanción de la cláusula referida a los derechos sociales sería de extraordinarias consecuencias para el país, suponiendo un cambio fundamental en todo lo atinente a la previsión social. En una página siguiente argumentó sobre la importancia de unificar el sistema de la seguridad social en el país:

(...) aspiramos a que el régimen de previsión sirva para unificar, comprendiendo a civiles y militares, obreros y empleados, a fin de dar al país un sistema racional terminando con los retiros voluntarios que, como bien lo decía el diputado que informó en nombre de la mayoría de la comisión, ha hecho que existan en la República personas de cuarenta años que, por haber obtenido ese tipo extraordinario de jubilación, prácticamente están en condiciones de vivir sin trabajar cuando están en la mejor edad para producir. Eso no tiene sentido de previsión (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1249).

En la misma senda, dio cuenta sobre la importancia de la movilidad de las prestaciones para mantener a las personas jubiladas o pensionadas con una asignación que les supusiera siempre el mismo estándar de vida (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1249).

Sobre ello, el convencional Echegoyen, luego de aconsejar —en nombre de la Subcomisión de Derechos Sociales—, la inclusión en la Constitución de una serie de preceptos, refirió que desde tiempos remotos de la convivencia social se había considerado como un deber inexcusable auxiliar a los miembros económicamente débiles de la sociedad, agregando luego que ya nadie discutía actualmente el deber ineludible de establecer normas precisas de protección a la persona humana que vayan desde el momento de la concepción hasta más allá de su propia muerte (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1.232). A su vez, en una página siguiente, dio cuenta que el concepto primitivo de caridad había sido superado y reemplazado por un verdadero derecho que resolvería los múltiples aspectos de los problemas sociales, agregando luego que “dar dinero es ocultar el fuego que arde, pero

no apagarlo; es como el sedante que calma el dolor, pero que no cura el mal. Hay que ir necesariamente al fondo de los problemas para hallar la solución” (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1233).

Respecto del ítem “jubilaciones y pensiones móviles”, luego de aprobarse la cláusula primera del tercer párrafo de lo que sería el artículo 14 bis —que prescribe sobre los caracteres de integral e irrenunciable respecto a los derechos de la seguridad social—, el convencional Martella afirmó que eran palabras sin sentido y que había que suprimirlas pues, a su entender, con ese sistema proyectado se tendería a liquidar el régimen de las cajas de jubilaciones nacionales, y agregó que lo de móvil tenía sentido antes, cuando se partía de la idea de imponer un régimen de seguros que se hiciese cargo de las jubilaciones y pensiones otorgadas por el Instituto de Previsión Social, mas no en ese tiempo en que, si el régimen se hacía provincial, ya no tenía sentido (a su entender) que se impusiera una cláusula como la explicada (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1481).

No obstante las opiniones contrarias, el Dr. Ramón Eduardo Arigós, en defensa de la movilidad previsional, afirmó:

sobre cualquier deficiencia técnica que esto pudiera significar, está el pensamiento de incorporar una gran institución a las jubilaciones y pensiones, a fin de que ellas sigan el ritmo del costo de vida, para que los jubilados y pensionados no pasen las necesidades que actualmente atraviesan como consecuencia de que, a raíz de la desvalorización de la moneda, al poco tiempo de haberse acogido al retiro, su jubilación no les alcanza para vivir y se ven obligados a competir con el trabajador activo (Diario de Sesiones, tomo II, p. 1481).

Por lo que, luego, se logró la aprobación de la cláusula estudiada en esta investigación.

Cabe agregar que, lejos de considerar tal cláusula como redundante (como lo afirmara en su oportunidad el profesor Pablo Ramella, para quien la movilidad jubilatoria quedaba incluida dentro de la disposición anterior del artículo 14 bis, atinente al seguro social obligatorio, 1985, p. 431), la consideramos elemental para dinamizar los derechos sociales en juego, en punto a brindar una mejor protección a los haberes jubilatorios o pensionarios de las personas titulares de los mismos, a partir del reconocimiento de una disposición dinámica y protectoria como la estudiada que, además, únicamente encuentra sentido en conjunción con los principios de la seguridad social y, especialmente, con el de progresividad, temas ellos que serán tratados en lo que sigue.

IV. El valor de los principios jurídicos en la Seguridad Social

Primeramente, nos parece útil esbozar un concepto del Derecho de la Seguridad Social que sirva para enmarcar este apartado. A tal fin, podemos decir que aquella es la rama de las ciencias jurídicas que estudia la organización y sistematización de recursos y accionares públicos y privados, con miras a cubrir, con la mayor universalidad posible, un conjunto expansivo de contingencias económico-sociales, a través de la acción tuitiva del Estado como garante primero de tal protección, siendo su sentido, asimismo, la defensa progresiva de las conquistas alcanzadas, cuyo norte fundamental tiende a la tutela de la justicia social a través del ensamble de los intereses individuales con los colectivos, nutridos ambos con los valores propios de la solidaridad.

En tal sentido, Juan Gilibert ha afirmado en su oportunidad que “la Seguridad Social constituye una de las herramientas más idóneas para humanizar la política económica y corregir sus duras leyes hacia una necesaria política social justa” (1984, p. 930); ello no obstante que se halla afirmado por otro sector de la doctrina, sobre la necesaria interdependencia existente entre la economía de un país y la factibilidad económico-financiera del sistema⁽⁸⁾. En todo caso, ambas ideas no deben ser entendidas como contrapuestas, sino como necesariamente complementarias, siempre teniendo como norte la mejor asignación de recursos para garantizar una protección lo más integral y universal posible frente a las contingencias que afecten a las personas.

Y en el afán propuesto, la Seguridad Social, como indudable disciplina autónoma en la hora que corre, se hace no solamente de normas jurídicas de contenido positivo estricto sino que, en todos los casos —aún a falta de eventual consagración legal—, resaltando su independencia pero sin romper el ensamble natural con las otras ramas del universo del derecho, conjuga una serie de principios que le dan la fisonomía contemporánea, a partir de los cuales tratamos de ensayar una breve definición general al inicio de este apartado.

(8) En tal orden de ideas, el profesor Humberto Podetti, dio cuenta que “La implantación de un sistema de Seguridad Social está condicionada por las estructuras socioeconómicas, que no sólo determinan cuáles deben ser las contingencias prioritariamente amparables, sino que además y en forma inexorable, limitan la medida del amparo, que no puede tener un costo más allá de la cuota del producto nacional disponible para ello” (1970, pp. 406-407). En todo caso, es importante que tengamos en cuenta que la Seguridad Social no se debe conducir solamente por andariveles en los que las únicas variables sean de índole económica —de importante estudio, también—, en tanto involucran constitucionalmente otro conjunto de ítems de indispensable análisis, como la mejora en la condición de vida y salud de la población, la integración social, el desarrollo progresivo, entre otros. El propio Podetti no se apartó en su trabajo de tales puntos destacables, afirmando que “No hay paz duradera sin justicia social, y no hay justicia social sin seguridad social” (1970, p. 413).

Dicho eso, es importante en esta parte de nuestro desarrollo escribir algunas líneas que nos ilustren un poco más acerca de los principios de la seguridad social.

Con el anterior objeto, nos conducimos primeramente a analizar su concepto. Desde el Derecho del Trabajo, el profesor Américo Plá Rodríguez, en su clásica obra referida a los principios de tal materia, propone una definición que es de mucha utilidad en la labor aquí emprendida. Así, apunta que los principios son: “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (1978, p. 9).

En una línea complementaria, el jurista Ricardo Cornaglia escribe que los principios, defensores de la autonomía de una disciplina: “se constituyen con referencia a esta ciencia –refiere al derecho del trabajo—, con el mismo sentido y función que los cimientos y la estructura de hormigón cumplen en un edificio de varios pisos”. Y agrega: “Ni los cimientos, ni la estructura, se aprecian a simple vista cuando el edificio está terminado, pero sin ellos nada queda en pie” (2001, p. 7).

Por su parte, Bernabé Chirinos apunta: “el orden jurídico positivo no es una estructura normativa errática, sino que se ajusta a ciertos parámetros que constituyen su almacén fundamental”; y agrega: “en la concepción positivista pura, esa almacén está basada en la ley fundamental (la Constitución), que es la cúspide piramidal de donde deriva todo el derecho positivo”; pero que “Desde otra óptica, existen valores culturales perennes que emanan de la naturaleza humana, inmanentes en todas las épocas, y valores propios descubiertos y desarrollados en un tiempo determinado que nacen de nuevas reglas de convivencia social, y asumen la fuerza orientadora y creadora de culturas, condicionantes de actuaciones determinadas”. Adiciona lo que sigue: “La naturaleza humana —ontológicamente una, pero accidentalmente variable—, unida a los valores culturales, constituye el tejido de la convivencia social y se convierte en el hecho sociológico concreto creador de un orden jurídico no autoritario ni antojadizo, sino real y creíble. De allí fluyen directivas o pautas que denominamos *principios*, que son recogidos por el legislador a fin de crear normas justas, de espontáneo cumplimiento y, por ende, eficaces” (2009, p. 38).

Ese origen cultural y sociológico, con evidente incidencia en el campo de la ciencia, ha llevado a una parte de la doctrina a decir que los principios, antes que normas, servirían como simples fuentes del derecho, solamente con orientaciones interpretativas. Dicho eso, aprovechamos esta ocasión para decir que, a nuestro entender, los principios de una materia son normas, aunque no necesariamente de contenido positivo, a pesar de que en algunos momentos y legislaciones se

los haya receptado en la ley escrita. Quizá los operadores del derecho estemos demasiado presionados ya desde los inicios de la carrera universitaria por aquellas ideas de corte puramente positivista que, eventualmente, nos pueden impedir comprender el valor de los principios del derecho y, en especial, los de la seguridad social.

En tal orden de ideas, Rubén Grego ha afirmado que el campo de observación debe superar el limitado marco del derecho positivo vigente pues, de no ser así, la remisión del legislador a los principios del derecho sería pleonástica frente a otras referencias, tales como el espíritu de la ley o los principios de leyes análogas; y, además de afirmar que los principios específicos de una rama del derecho solamente pueden ser identificados cuando la misma haya alcanzado un grado de madurez que posibilite su inducción de la realidad, da cuenta que tales exteriorizaciones revelan la presencia de un proceso cultural que supera el estrecho marco del aquí y ahora, ofreciendo datos que perduran y se repiten y que permiten enunciar conceptos simples, una vez despojados de los contenidos circunstanciales (1982, p. 542). Ese proceso de inducción es el que da origen a los principios de una disciplina científica.

Citando al profesor español Federico De Castro, Américo Plá Rodríguez explica que los principios cumplen una triple función. La primera, es la informadora (9), pues inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del orden jurídico; la segunda es la normativa, exponiendo aquí que actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de ley y como medio de integrar al derecho; y la tercera y última, según el profesor de cita, es la interpretadora (10), pues los principios operan como criterio orientador del juez o del intérprete (1978, p. 11). Cabe resaltar que, aunque el profesor Plá Rodríguez solamente se haya referido al Derecho del Trabajo dentro de la obra cuyos datos se han señalado antes entre paréntesis, sus conclusiones en el punto anotado son también trasladables al Derecho de la Seguridad Social.

Con sentido enunciativo, diremos que existe suficiente consenso acerca de que los principios básicos de la Seguridad Social serían los que siguen: solidaridad, universalidad, integralidad, progresividad, justicia social y unidad de gestión.

(9) Gabriel de Vedia dice al respecto que los principios iluminan e informan el campo social para que las normas y las decisiones que se adopten no se aparten de los fines de protección a toda la comunidad (2015, p. 1667).

(10) Aproximado más que nada a esta función, según creemos, Robert Alexy ha explicado que los principios son mandatos de optimización, en el sentido de que, de una norma, buscan la mejor respuesta que ella puede dar frente a un problema social (citado por Gabriel de Vedia, 2015, p. 1667).

V. El principio de progresividad en materia de derechos sociales

Como se dijo anteriormente, uno de los principios de la seguridad social, y permanente regla en materia de derechos sociales, es el de progresividad, al que dedicaremos este apartado, tendiente a subrayar sus aspectos más destacables.

El profesor Luis Ramírez Bosco refiere a la existencia de dos acepciones. La primera, de corte más bien tradicional, y también aproximada al uso común, entiende por progresividad a un hacer paulatino o pausado, con el propósito de evitar que una expansión brusca de derechos ponga en riesgo o desequilibre la organicidad social espontánea (11). Por su parte, un concepto un poco más amplio (o como lo dice el autor de cita, progresista), de la progresividad, vincula a dicho principio con una directiva o indicación, sino una característica naturalmente necesaria de los derechos sociales, que determina la irreversibilidad en materia de crecimiento de los estándares alcanzados, en el sentido de que no puede disminuir su matiz protectoria (2008, p. 108). De manera que, en la doctrina citada, tenemos dos nociones de progresividad: una vinculada con la idea del acompañamiento paulatino respecto a una realidad material en crecimiento y la otra como propuesta defensiva de los derechos sociales.

A nivel constitucional, la progresividad se reconoce de manera clara en algunas disposiciones. Así, nos encontramos con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 2.1 compromete a los Estados parte a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia de la comunidad internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, ello hasta el máximo de los recursos disponibles (12).

(11) Creemos que en este grupo se puede colocar la opinión de Fernando Payá (h) y María Teresa Martín Yañez, quienes entienden que “una de las funciones de la legislación de la seguridad social es precisamente procurar, en la medida de lo posible, un paulatino crecimiento en el otorgamiento de los derechos de ese ámbito. Esto nos lleva a admitir que, en realidad, este principio supone necesariamente un gradualismo, o sea que los derechos que se postulan no podrán lograrse en el corto plazo o mediante una única medida gubernamental, sino que se alcanzarán paso a paso, y como las propias normas internacionales lo expresan, en la medida en que los recursos económicos de los que disponga cada uno de los Estados contratantes, lo haga factible” (2015, p. 27-28).

(12) Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “El principio de que los derechos económicos, sociales y culturales deben alcanzarse progresivamente no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos” (OEA, Informe anual 1993, punto II). Texto disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm> [Fecha de consulta: 17/03/2018].

En esta senda, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General Nº 3, ha expresado:

el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un periodo corto de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (13).

Lo que a su vez se complementa con lo prescripto por el artículo 11.1 del PDESC, que establece lo que sigue: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (14).

(13) Observación General Nº 3, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, párrafo noveno.

(14) Al decir del profesor Christian Courtis, este precepto “resume en gran medida el significado de los derechos sociales: la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esta noción de adecuación”. Y agrega luego que “La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido” (2006, p. 10).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 26 —titulado “Desarrollo progresivo”—, la obligación de los Estados signatarios para adoptar providencias que tiendan a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida de los recursos disponibles (15).

En la misma senda, si bien el artículo 14 bis de la CN no reconoce expresamente al principio estudiado (16), cosa diferente ocurre con el artículo 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que lo menciona de manera literal en su inciso tercero.

El profesor Cornaglia da cuenta que el principio de progresividad cumple una función de rescate racional respecto del estado de desposesión en que se encuentra buena parte de la población (él vincula a la regla estudiada con la relación laboral, aunque sus conclusiones, según creemos, son plenamente aplicables al ámbito de la seguridad social en la que también permea la variable poder como denominador común de las relaciones sociales), y agrega que el principio funciona como una válvula dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados. De ahí que reconoce que la estructura adquiere coherencia en función de tal principio, desprendiéndose de ello su valor vinculante, función que —según especifica— llega a ser tal no solo como una regla de interpretación, sino como una fuente material normativa (1994, p. 178).

(15) Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado que “el carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana” (CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, del 2 de junio del año 2000, capítulo VI, párrafo 11).

(16) Esta disparidad de tratamiento interno e internacional —entre normas de jerarquía constitucional a nivel federal— ha llevado al profesor Luis Enrique Ramírez a concebir dos posibles sentidos diferentes en relación a la progresividad. Respecto al primero, dice que puede ser entendido que los derechos consagrados en el artículo 14 bis de la CN, una vez que están allí, obligan al legislador de inmediato, sin, en principio, ningún tiempo para alcanzarlos; mas se admitirá aquí que, mientras se los satisfaga, sea discrecional para el legislador darles uno u otro contenido conforme la evolución de las cosas o como las aprecie. El segundo sentido, en cambio, abre las puertas para comprender que los derechos de los tratados, concebida la progresividad como irregresividad, nunca podrían volver atrás, ya sea considerando esa situación en el conjunto de normas reconocedoras de derechos sociales, o bien dentro de cada instituto (2008, p. 114). Como se advierte, la segunda de las ideas da lugar a una mejor interpretación, eliminando no solo la variable tiempo en el reconocimiento de los derechos, sino también la discrecionalidad legislativa frente a otra norma de rango superior.

Vinculada directamente con la progresividad, se encuentra la regla de la no regresividad, actuando ésta para la certera manifestación del principio analizado.

Sobre dicho tópico, Christian Curtis manifiesta que existen dos nociones de la regresividad. Expresa al efecto que, por un lado, es posible aplicar dicho concepto a los resultados de una política pública (regresividad de resultados), siendo regresiva en ese caso la política, cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro —visión empírica—. Por otra parte, agrega que la noción de regresividad puede aplicarse a las normas jurídicas, refiriendo en ese caso a la extensión de los derechos concedidos por una norma —visión normativa— (2006, p. 4) (17).

Agrega posteriormente que la prohibición de regresividad es un impedimento *prima facie* revestido de calificaciones particularmente gravosas para el Estado y que el estándar de juicio para considerar justificada y, por ende, permisible la medida regresiva es alto, por lo que, ante la demostración de la adopción pública de una medida de tal corte, se presume su invalidez, corriéndose la carga de la prueba respecto a su permisibilidad al Estado actuante (2006, p. 39).

En materia de derechos sociales *prima*, por su especial naturaleza e impacto colectivo, el principio de progresividad, por lo que la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados, habilitando esa situación la presunción de ilegitimidad de la regla y la necesidad de efectuar un escrutinio estricto, o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y el propósito de la norma, quedando a cargo del Estado, como antes se dijo, la carga de aportar prueba suficiente que dé cuenta sobre la justificación de la política sancionada (Curtis, 2006, p. 41).

La CSJN trabajó expresamente sobre el principio de progresividad en diversos pronunciamientos. Así lo hizo en el conocido caso “Aquino” (18), ocasión en donde, dentro de la materia de riesgos del trabajo, puso de manifiesto el carácter arquitectónico en materia de derechos sociales y, respecto de las medidas regre-

(17) Tal como pone de manifiesto Christian Curtis, la prohibición de regresividad no es ajena al derecho constitucional y, citando a Konrad Hesse, refiere a la construcción de la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos sociales (*Nicht umkehrbarkeits theorie*), según la cual, si bien resulta imposible inducir de la propia Constitución el contenido sustantivo de las obligaciones sociales del Estado, una vez que el legislador o la Administración ha regulado los diferentes campos mandados por la Constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional (ver nota 17 del artículo citado en bibliografía).

(18) CSJN, in re “*Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688*”, sent. 21/09/2004, publicado en la colección de fallos 327:3753.

sivas, expresó que existía una fuerte presunción contraria a que las mismas sean compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De la misma manera, citó el trabajo del convencional Lavalle quien, dentro de la Convención Nacional Constituyente de 1957, y referenciando la opinión que expusiera Piero Calamandrei sobre la Constitución de Italia, expresó: “un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante. Esto podrá desagrado a alguno que querría permanecer firme. Pero -continúa- esta es la Constitución: *hoc iure utimur*. Este es el programa sobre el cual los partidos democráticos pueden encontrarse de acuerdo; éste es el espíritu según el cual la esperanza que animó a los caídos en la resistencia se ha traducido en un deber político” (consid. 10 del fallo citado; ampliado con Diario de Sesiones, tomo II, p. 1060).

En la misma línea, el Superior Tribunal Nacional ha expresado: “El principio de progresividad o no regresión que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no solo es un principio arquitectónico de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia” (19). En otro fallo dijo: “La atipicidad que se presenta como fruto del traspaso previsional y del consiguiente desdoblamiento de normas, nacionales y locales, que deben regular las compensaciones de los magistrados en pasividad o actividad de una misma provincia, con un ámbito de vigencia restringido a cada una de ellas, no puede proyectarse en perjuicio de los jubilados, debiendo adoptarse la solución que mejor se adecue a los principios y garantías de la Constitución Nacional y favorezca la progresividad de los derechos humanos, objetivo que se alcanza nivelándose los beneficios de los recurrentes mediante la utilización del índice de actualización anual aplicado en ‘Badaro’, (Fallos: 330: 4866) pues representa razonablemente la movilidad que deben percibir para evitar discriminaciones ilegítimas” (20). Expresó asimismo lo que sigue: “Sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el artículo 1º del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes se encuentran en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios

(19) CSJN, in re “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Acción de Amparo”, sent. 24/11/2015, publicado en la colección de fallos 338:1347.

(20) CSJN, in re “Bianchi, Oscar Alberto y otros c/ Administración Nacional de Seguridad Social s/ Amparo”, sent. 2/3/2011, publicado en la colección de fallos 334:198.

para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo —ley 24.241—” (21). O bien: “el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica de un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos. —Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—” (22).

VI. Breve repaso sobre la derogada ley de movilidad jubilatoria nacional

Sentado todo lo anterior, en los apartados que continúan analizaremos la movilidad jubilatoria nacional actual, pero partiendo del modelo anterior, sancionado en el año 2008. Este último será objeto de sucinto tratamiento en el acápite que ahora desarrollamos. Posteriormente, vincularemos el panorama vigente con el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

Proyectado de la anterior manera el trabajo que continúa, podemos decir que en el régimen previsional nacional, nuestro país contó desde el año 2008 con una ley específica de movilidad jubilatoria que, superando los embates que dicha garantía constitucional había sufrido sobre todo en la década de 1990 y principios de los 2000 (23),

(21) CSJN, in re “*Arcuri Rojas, Elsa c/ ANSES s/Pensiones*”, sent. 3/11/2009, publicado en la colección de fallos 332:2454.

(22) CSJN, in re “*Medina, Orlando Ruben y Otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A y Otro s/ Interrupción de Prescripción*”, sent. 26/2/2008, publicado en la colección de fallos 331:250.

(23) Para hacer un muy breve *racconto* de los sistemas de movilidad imperantes en nuestro país a nivel nacional, podemos decir que existieron, antes de la ley de 2008, tres mecanismos. El primero, vigente durante el lapso 1969/1994, estuvo regido por las leyes 18.037 y 18.038, período en que se estableció inicialmente un mecanismo anual de movilidad, debido a la baja inflación existente en el tiempo en que esas leyes fueron sancionadas; posteriormente, cuando el proceso inflacionario se agravó, fue necesario introducir mecanismos que dependieran de los aumentos de los salarios según la Encuesta General de Remuneraciones, los que se activaban dentro de los 60 días de producida una variación mínima del 10% en dicho parámetro remuneratorio. El segundo, vigente desde 1994 a 1995, se rigió por la ley 24.241 original, y consagró un mecanismo de ajuste de las jubilaciones que dependía de la variación de los aportes ingresados al sistema (Aporte Medio Previsional Obligatorio, o más conocido como AMPO); el único aumento concretado durante su vigencia fue del 3,28% en abril de 1994. El tercer momento se dio con la modificación de la ley 24.241 a través de la denominada ley de solidaridad previsional, nro. 24.463, que fue sancionada a fin de frenar el aumento jubilatorio estimado en 14,286% para el mes de abril de 1995 aplicando la anterior pauta. Ese sistema, estableció en su artículo quinto, que las prestaciones del Régimen Previsional Público tendrían la movilidad que anualmente determinase la Ley de Presupuesto conforme al cálculo de recursos respectivo. La implantación de ese programa provocó que, en los hechos, no tuviéramos una real movilidad hasta el año 2008, desentendiéndose tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo de dicha situación, salvo las leyes de emergencia sancionadas a inicios de la década de los 2000, que establecieron ciertos incrementos únicamente para las jubilaciones menores a mil pesos.

y absorbiendo los nutridos criterios de la CSJN (24), consagró un sistema puntual para materializar el derecho prescripto en el tercer párrafo del artículo 14 bis de la CN.

Así, la ley 26.417 (25) —denominada “Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público”—, si bien tendía a que los haberes siguieran la suerte de los salarios, también sujetaba la movilidad a los aumentos de los ingresos del sistema previsional. De esta manera, el mecanismo establecía que la movilidad de las jubilaciones dependería de las variaciones producidas en los recursos tributarios del SIPA (26) (comparando semestres idénticos de años consecutivos) y del índice general de salarios determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos o la variación del RIPTE (27) publicado por la Secretaría de Seguridad Social, aplicándose de ambas la más favorable, durante el lapso enero-junio para el ajuste de septiembre del mismo año y julio-diciembre para el ajuste a aplicar en marzo del año siguiente.

En esa línea, el procedimiento de la movilidad jubilatoria consagrado por la ley 26.417 refería a la medición de dos índices paralelos: uno estaba compuesto por el 50% de las variaciones salariales y el 50% de las alteraciones en los recursos tributarios de la ANSES; y el otro índice por los cambios en los recursos totales de la ANSES en doce meses consecutivos, incrementado por un 3%.

VII. El sistema actual

Hoy día, el mecanismo para determinar la movilidad de los haberes jubilatorios a nivel nacional ha variado. Cambió a fines del año 2017, ocasión en la que, luego de una rápida discusión institucional, se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.426 (28).

La nueva ley estableció cambios que afectaron al mecanismo de la movilidad jubilatoria, así como también a la propia Ley de Contrato de Trabajo (LCT), de ahí el nombre con que fue sancionada: “Índice de Movilidad Jubilatoria. Haberes. Facultades”. Rápidamente, decimos que el nombre de “Facultades” refiere a

(24) Sobre todo las nuevas doctrinas emanadas de la CSJN en los siguiente precedentes: “*Sánchez, María del Carmen c/ ANSES s/ reajustes varios*” sent. del 17/05/2005 (Fallos 328:1602), “*Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios*” sent. del 08/08/2006 (Fallos: 329:3089), y “*Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios*” sent. del 26/11/2007 (Fallos 330: 4866).

(25) B. O. 16/10/2008.

(26) Sistema Integrado Previsional Argentino.

(27) Índice basado en la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables.

(28) B.O. 28/12/2017.

ciertos cambios aplicados dentro de la relación individual de trabajo, a partir de la variación en la redacción del artículo 252 de la LCT, ubicado dentro del título XII, capítulo X, de la ley 20.744 (29), que prescribe la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador y que desde finales de 2017 permite que se extienda la posible relación laboral hasta los 70 años del obrero, como límite habilitante para que el empleador pueda intimar al mismo para que inicie sus trámites jubilatorios, siempre que el trabajador reúna las condiciones para poder acceder a la prestación básica universal (PBU), según el artículo séptimo de la ley 27.426.

Respecto de las modificaciones implementadas al mecanismo de la movilidad previsional, la ley actual establece que las prestaciones enumeradas en el artículo 17 de la ley 24.241 (30) serán móviles, aunque se ha cambiado la fórmula consagrada en la ley anterior, que hemos explicado rápidamente en el apartado precedente.

De esa forma, el artículo primero de la ley en comentario ha modificado el artículo 32 de la ley 24.241. El mismo continúa prescribiendo que la movilidad previsional dependerá de dos variables, mas establece actualmente —a diferencia del anterior modelo— que la movilidad se basará en un setenta por ciento (70%) en las variaciones del Nivel General del Índice de Precios al Consumidor Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), y en un treinta por ciento (30%) por el coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE); y que las mismas se aplicarán trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año calendario (31) (es decir, cuatro veces por año, mientras que antes se actualizaba dos veces, pero con otro mecanismo). Repite una fórmula anterior, en cuanto determina que en ningún caso la aplicación de dicho índice podrá producir la disminución del haber que percibe el beneficiario.

Por otra parte, establece que la primera actualización en base a la movilidad dispuesta en su artículo 1º se haría efectiva a partir del 1º de marzo de 2018 (artículo segundo).

(29) B.O. 27/09/1974.

(30) B.O. 18/10/1993. Las mismas son: Prestación básica universal (PBU), prestación compensatoria (PC), retiro por invalidez, pensión por fallecimiento, prestación adicional por permanencia (PAP) y prestación por edad avanzada.

(31) Por ejemplo: en el tercer trimestre del año 2017 la inflación acumulada fue de 5.1% y el RIPTE creció 7,1%. Como el 70% de 5.1 es 3,57, y el 30% de 7,1 es 2,13, se suman estas dos cifras. Y así, el resultado de la fórmula para el período 07/ al 09/ es 5,7%. Ese es el aumento nominal de los ingresos que ya está previsto para marzo (se utiliza un ejemplo formulado por la Dra. Adela Prat, en su blog jurídico. Recuperado de <https://www.adelaprat.com/2017/12/la-nueva-ley-de-movilidad-jubilatoria-principales-aspectos/>) [Fecha de consulta: 21/03/2018].

Vale agregar que ante las críticas que se formularon al sistema esbozado (y que apuntaban más que nada a la reducción de los haberes en comparación al incremento que se hubiese obtenido de seguir vigente la ley 26.417), el gobierno introdujo antes de la votación del proyecto en la Cámara de Diputados un subsidio extraordinario (también denominado bono compensatorio), a través del decreto 1058/17 (32), a cobrar por única vez en el mes de marzo de 2018. En el considerando primero de tal normativa, se dice que el Estado Nacional tiene como uno de sus objetivos principales la protección de los ciudadanos, garantizando las prestaciones de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Vale aclarar que, siguiendo las pautas establecidas por el artículo que cita el gobierno en el decreto ahora comentado, la garantía de las prestaciones atinentes a la seguridad social, más que un objetivo, es una obligación fundamental.

Se especificó, además, que ese subsidio extraordinario tendría tres niveles monetarios: el más elevado, de \$750, abarcaría a los beneficiarios de las prestaciones previstas en el artículo 17 de la ley N° 24.241, siempre que hubiesen cumplido los extremos de edad y años de servicios exigidos por la ley vigente al tiempo de acceder al beneficio y cuyos haberes devengados al mes de marzo del 2018 fueran inferiores a \$10.000; en un segundo nivel, se reconoció la suma única de \$400, dirigida a los titulares de la Asignación Universal por hijo para Protección Social y/o de la Asignación por Embarazo para Protección Social prevista en la ley N° 24.714 (33) y sus normas complementarias; respecto a la cuantía menor, fijada en \$375, la misma se dirigió a los beneficiarios de las prestaciones previstas en el artículo 17 de ley N° 24.241 y sus modificatorias, que hubiesen accedido a ellas por aplicación de la ley N° 24.476 (34) y modificatorias, y cuyos haberes devengados al mes de marzo del 2018 fueran inferiores a diez mil pesos.

VIII. La crisis de la Ley 27.426 en relación con el principio de progresividad

En este apartado combinaremos los contenidos expuestos en todos los puntos precedentes, vertebrando el trabajo realizado.

Como quedó tratado en los puntos VI y VII, la ley 27.426 alteró el mecanismo de la movilidad en nuestro país. Ahora bien, debemos pronunciarnos acerca del sentido con que, según hemos estudiado y analizado, la nueva ley vino a modificar el sistema imperante desde el año 2008, legislando sobre los pormenores prácticos de una garantía constitucional.

(32) B.O. 20/12/2017.

(33) B.O. 18/10/1996.

(34) B.O. 23/11/1995. Denominada: "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Trabajadores Autónomos. Regularización de deudas".

Tal cual lo dicho antes, hoy día en materia de actualización previsional se utilizan dos variables: modificación oficial de precios según estudios del INDEC (en un 70%) y alteraciones derivadas del RIPTE (en un 30%). Antes se utilizaban esas mismas variables, aunque con un porcentual igual de ambas (incidencia del 50% por cada una). La ley actual no explica los motivos que condujeron a consagrar diferentes implicancias porcentuales para cada una de ellas, aunque podríamos proyectar como posible conclusión la mayor maleabilidad oficial respecto del primer índice, en comparación con el segundo. No se trata ello de simples conjeturas, sino de concretas realidades, sobre todo derivadas del proceso de deslegitimación progresiva que en los últimos años viene afectado —lamentablemente— al INDEC como informador público.

Pero más allá del anterior punto, lo cierto es que adquieren mayor implicancia en esta hora las razones que llevaron a la modificación del sistema de la movilidad previsional. En ello, el ahorro en las cuentas oficiales ciñó, y ciñe actualmente, numerosos puntos de la agenda política, claro que, en este caso, se debe estudiar el campo en que pretendieron reducir egresos públicos, quienes implementaron el programa bajo estudio.

La nueva ley se publicó en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 2017, prescribiendo su artículo segundo que la primera actualización en base al sistema estructurado en su artículo 1º se haría efectiva a partir del primero de marzo del 2018. El problema estriba en que el sistema actual dejó de lado los porcentuales devengados con el mecanismo de la ley anterior, lo que conllevó a que se derogaran de manera retroactiva tales prescripciones previas, afectándose los derechos adquiridos por el universo de personas alcanzadas con la sistemática actual.

De esa manera, en marzo del corriente, se actualizaron las jubilaciones en un 5,71% (35), aunque con aplicación de la ley anterior el aumento tendría que haber sido cercano al 14%. Es dable mencionar que la aplicación de la nueva ley conllevó a la materialización del índice más bajo desde el año 2009, ocasión en que comenzó a aplicarse la ley de movilidad anterior (36).

La retroactividad y afectación de los derechos adquiridos se dio en tanto que, con la ejecución de la ley 27.426 desde fines de diciembre de 2017 y la consiguiente aplicación de su primera “actualización” trimestral en el mes de marzo del corriente —tal como se dijo en el párrafo precedente—, se borraron literalmente los

(35) Ver información oficial en el siguiente enlace: <https://www.anses.gob.ar/informacion/movilidad-jubilatoria-y-asignaciones/> [Fecha de consulta: 21/03/2018].

(36) Ver, a tenor ejemplificativo, la gráfica emanada del siguiente informe: <http://www.ambito.com/873088-cuanto-subieron-las-jubilaciones-desde-que-se-aplico-la-movilidad-jubilatoria> [Fecha de consulta, 21/03/2018].

incrementos que hubiese correspondido otorgar a partir de las incidencias de las mismas dos variables que se usan hoy día, pero por los meses de octubre a diciembre del año anterior.

Es decir, en el año 2017 (como ocurrió desde el 2009), se actualizaron los haberes previsionales en los meses de marzo y septiembre, utilizando los dos índices actuales, pero con distinto alcance (50% de las variaciones salariales y el 50% de las variaciones de los recursos tributarios de la ANSES). Con la aplicación de la ley actual en marzo del corriente, se volvieron a materializar los mismos índices, pero con distinta incidencia porcentual (ver crítica formulada en líneas anteriores), y con diferente alcance temporal, desde que la movilidad jubilatoria de la ley 27.426 hace uso de una modificación trimestral de los haberes, pero nada dice respecto de los incrementos devengados por los titulares de los beneficios previsionales durante el último trimestre del año 2017 que, como resulta claro, no fueron abarcados por la ley anterior (cuya última incidencia fue en el mes de septiembre), ni con la ley actual que, al aplicarse trimestralmente en marzo, no tomó en cuenta el último período del año precedente.

Coincidiendo con el profesor Guillermo Jáuregui, la ley actual ha entrado en crisis con lo preceptuado por el artículo séptimo del Código Civil y Comercial, que impide que la retroactividad establecida por una ley pueda afectar derechos amparados por garantías constitucionales (37).

La crítica formalizada anteriormente no se quiebra con las incidencias del denominado bono compensatorio ni con el incremento del 82%. Respecto del primero, si bien resultó parcialmente beneficioso, desde que con su aplicación los jubilados vieron incrementados algo más sus haberes en el mes de marzo, su crisis estriba primero en que, como lo explicita el Decreto 1058/17 (mencionado antes), dicho importe adicional fue extraordinario, es decir que en principio no se volverá a otorgar durante el resto de los períodos del 2018 ni siguientes; y, segundo, en que no se extendió a la totalidad de beneficiarios del sistema previsional ya que, por ejemplo, las jubilaciones superiores a \$10.000 no tuvieron incidencia alguna respecto del mecanismo comentado. Sobre el incremento del 82%, como reza el artículo quinto de la ley 27.426, es dable mencionar que no alcanza tampoco a todos los haberes jubilatorios, sino únicamente a aquellos que reúnan las condiciones prescriptas por el párrafo primero de la norma en comentario, es decir, a

(37) Recientemente, la Cámara Federal de la Seguridad Social –Sala 3– emitió un pronunciamiento acorde con el argumento aquí tratado, en relación a la crítica del efecto retroactivo de la nueva ley de movilidad jubilatoria. Se trata del fallo “Fernández Pastor, Miguel Angel c/ Anses s/ Amparos y Sumarísimos” (sent. 5/6/2018), en donde, por mayoría, se decidió declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 27.426, considerándose que el mismo afectaba los derechos devengados por los jubilados al amparo de la ley anterior.

los beneficiarios de la prestación básica universal (PAP) que tengan como mínimo 30 años de servicios con aportes efectivos, apartando del mentado suplemento dinerario a quienes, por ejemplo, hubieran accedido a su haber a través de alguna moratoria previsional (38).

Como dice el profesor García Rapp, el cambio de fórmula implicará un ahorro para las cuentas públicas (que, según algunas estimaciones, sería de entre 80 y 100 mil millones de pesos en las erogaciones en concepto de prestaciones), lo que trae como consecuencia la pérdida actual de ingresos en los haberes que mensualmente reciben sus titulares (2018:42). Con lo que directamente se está afectando el derecho fundamental a la movilidad jubilatoria, tras provocar una reducción progresiva en los derechos previsionales.

Por esa razón consideramos que la reforma implementada por la ley 27.426 entra en directa colisión con el principio de progresividad en materia de derechos sociales, cuya función, como antes se dijo, es el avance en el nivel de garantías conquistadas, a través del escudo protector de la propiedad social, y en base también a la regla paralela de la no regresividad que viene a conjurar cualquier intento que pretenda retraer los niveles de tutela y reconocimientos alcanzados.

La ley actual utiliza los parámetros de sueldos y variación en la recaudación tributaria de la ANSES, mas no ha alcanzado el nivel de incrementos que se proyectaban con la ley anterior puesto que, unido a las ideas que expusimos en los párrafos precedentes de este mismo apartado, nos permite advertir que más que un contenido humanitario y social (propios de los verdaderos sistemas de movilidad previsional), el mecanismo actual resulta consagratorio de un programa economicista que no tiende al mejoramiento del nivel de vida de los titulares de los beneficios sino, por el contrario, a su empeoramiento progresivo, implementando un ahorro oficial forzoso a través del silenciamiento de las opiniones de quienes, legítimamente, aparecen en la escena nacional como dueños de una propiedad social ahora violentada. Luego, es dable advertir que, con el nuevo régimen, se

(38) "El Estado nacional garantiza a los beneficiarios de la Prestación Básica Universal (PBU) que acrediten treinta (30) años o más de servicios con aportes efectivos, el pago de un suplemento dinerario hasta alcanzar un haber previsional equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del valor del Salario Mínimo Vital y Móvil, instituido por el artículo 116 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias vigente en cada período. La presente garantía no resulta aplicable a los beneficiarios que hubiesen accedido a la Prestación Básica Universal por aplicación de la ley 24.476 modificada por el decreto 1454 del 25 de noviembre de 2005, por el artículo 6º de la ley 25.994 o por la ley 26.970, todas ellas con las modificaciones introducidas por los artículos 20 a 22 de la ley 27.260" (artículo incorporado como 125 bis en la ley 24.241, a partir de la nueva normativa N° 27.426).

han alterado los derechos adquiridos por los jubilados y pensionados argentinos, tras un cambio de paradigma fundado en necesidades financieras coyunturales.

Tal como surge del punto III de este trabajo —que versó sobre el comentario de ciertas ideas expresadas en la Convención Nacional Constituyente de 1957—, el fin de la política debía ser bregar en beneficio de cada individuo, no solo por un mejoramiento de las condiciones de trabajo, sino también por la seguridad económica indispensable para concretar la materialización de la justicia social. Ideas claramente ausentes en la reforma previsional implementada por la ley 27.426 que no tiende ni al mejoramiento de las condiciones sociales, ni a una seguridad económica, ni mucho menos a la justicia social, olvidándose plenamente de la garantía asumida por el Estado para tutelar la integralidad y la irrenunciabilidad de los derechos de la seguridad social (conf. tercer párrafo del artículo 14 bis CN).

Supone, pues, una inconstitucionalidad por omisión, tras retrogradar niveles de derechos ya alcanzados, violentando la regla de la no regresividad en materia de derechos sociales. Al mismo tiempo que ha conllevado la materialización de los dos niveles de la regresividad explicados por Courtis (ver punto V) a saber: regresividad de resultados y regresividad normativa. Esta última, desde que la ley 27.426 ha restringido en su cuerpo una garantía constitucional aún con los artilugios con que se pretendió ocultar su grado de violencia (bono compensatorio, supuesta extensión del 82% móvil, rango trimestral de las modificaciones); mientras que la retracción de resultados, como antes se puso de manifiesto, se basa en la evidente reducción de ingresos para los jubilados y pensionados, desde marzo del corriente y en relación con la protección alcanzada en la ley anterior.

La sistemática actual tampoco encuadra en los dos parámetros de la progresividad enunciados por el profesor Luis Ramírez Bosco, debido a que no supone un acompañamiento progresivo sino, como antes lo dijimos, regresivo, no siendo tampoco una propuesta defensiva de los derechos sociales ya que, por oposición, colabora más en la materialización de políticas de ajuste económico contrarias, en el caso, al derecho internacional de los derechos humanos.

Así, mientras los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprometen a los Estados miembros para adoptar las medidas y las políticas que tiendan a la conquista progresiva de los derechos sociales allí reconocidos, utilizando para ello el máximo de los recursos disponibles, el sistema de movilidad jubilatoria actual supuso la baja en el uso de los recursos públicos a la hora de tener que satisfacer un derecho de contenido alimentario.

Por todas las ideas anteriores, consideramos que la ley 27.426 ha violado palmariamente el principio de progresividad que debe imperar en materia de derechos sociales.

IX. Conclusiones

A tenor conclusivo, y en orden de todo lo escrito en estas páginas, creemos conveniente proyectar una serie de ideas finales.

Primero, que la movilidad jubilatoria supone la materialización de una garantía constitucional de claro contenido humanitario y social, tendiente a mantener un equilibrio razonable entre el nivel de ingresos del titular del derecho previsional y el contexto económico que rodea la prestación otorgada, tratando de conservar el nivel de vida del beneficiario.

Segundo, que los principios juegan un papel protagónico en la realidad jurídico-social, no solamente a la hora de diagramar una disciplina científica, sino también en momentos en que se discute la sanción, interpretación o integración de una norma positiva.

Tercero, que entre ellos, el principio de progresividad en materia de derechos sociales desempeña un rol más que destacable al servir como cláusula defensiva de los derechos conquistados, a través de su rol de acumulación funcional y de la regla de la no regresividad que actúa como válvula reguladora.

Cuarto, que combinando el tema de la movilidad con el propio de los principios de la seguridad social, la ley 27.426 ha violentado claramente el principio de progresividad en materia de derechos sociales, anteponiendo intereses económicos de contexto a la defensa de los derechos previsionales de contenido alimentario.

Quinto, que la anterior contradicción supuso no solamente el olvido del sentido histórico de la movilidad jubilatoria dada en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1957, sino también de la lógica permanente respecto de la política pública, que debe tender a la defensa continua de los intereses de la sociedad, sobre todo en favor de los grupos más desaventajados.

Sexto, que la movilidad jubilatoria impuesta desde finales del año 2017 es inconstitucional por omitir el Estado dar acabado cumplimiento con lo preceptuado por el tercer párrafo del artículo 14 bis de la CN —mencionamos la garantía de irrenunciabilidad, integralidad y movilidad previsional—, e inconvencional por alterar las obligaciones fijadas sobre todo por los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que comprometen a los Estados

parte a adoptar las medidas y las políticas que tiendan a la conquista progresiva de los derechos sociales allí reconocidos, utilizando para ello el máximo de los recursos disponibles.

Séptimo, que resultaron ineficaces los artilugios insertados en el cuerpo de la ley 27.426 (bono compensatorio, supuesta garantía del 82% móvil y actualización trimestral antes que semestral) para tratar de ocultar su clara función restrictiva de los derechos económicos y sociales respecto a los titulares de derechos jubilatorios y de pensión.

Finalmente, utilizando palabras del profesor Ricardo Cornaglia, podemos decir que la progresividad de los derechos económicos de los hiposuficientes se funda en una concepción social de la igualdad, valor que intenta hoy día ser aniquilado por los científicos de la flexibilidad, que pregonan el fin de la acumulación de los derechos sociales.

La solución frente a esta problemática de la realidad no debe ser la espera o la complacencia reiteradas sino que, contrariamente, la lucha colectiva debe ocupar un papel protagónico en el tema apuntado, momento en que se debe enarbolar como el estandarte de identidad, la bandera de la justicia y la progresividad de los derechos sociales.

X. Bibliografía

Acebedo, H. N. (2017). Inconstitucionalidad de un proyecto que tiene grandes probabilidades de convertirse en ley. *Revista de Jubilaciones y Pensiones*. Año 27, noviembre/diciembre, nro. 161 (pp. 507-518).

Besteiro, M. del C. (2014). Movilidad de los haberes previsionales y medidas cautelares innovativas. *Revista Jurídica La Ley*. Tomo F (p. 116). Buenos Aires.

Chirinos, B. (2009). *Tratado de la Seguridad Social*. Buenos Aires: La Ley.

Cornaglia, R. J. (1994). El ataque al principio de progresividad. *Revista Doctrina Laboral*, Nro.103, tomo VIII (pp. 175-188). Buenos Aires: Errepar.

Cornaglia, R. J. (2001). *Reforma Laboral, Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis*. Buenos Aires: La Ley.

Courtis, Ch. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. En Ch. Courtis, (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

De Ferrari, F. (1972). *Los principios de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Depalma.

De Vedia, G. (2015). Los principios del derecho previsional. *Revista de Derecho del Trabajo*. Año LXXV, número 8 (pp. 1.665-1.676). Buenos Aires: La Ley.

Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957 (1958). Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Etala, J. J. (1966). *Derecho de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Ediar.

García Rapp, J. (2018). Comentario a la ley nacional 27.426. *ADLA* 2018-2, 42. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Gilibert, J. (1984). Los llamados principios de la seguridad social. *Revista Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XI (pp. 929-936). Buenos Aires: Universitas SRL.

González, H. (2006). El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina. En C. Courtis, (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 193-253). Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

Grego, R. (1982). Sobre los principios de la seguridad social y otros temas conexos. *Revista Derecho del Trabajo* (pp. 541-555). Buenos Aires: La Ley.

Grisolia, J. A. (2017). *Manual de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Guillot, M. A. (2013). Introducción a la movilidad Jubilatoria. *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, nro. 2013- 22 (mar.2012/feb.2013) (pp. 687-691). Buenos Aires.

Jáuregui, G. J. (2017). Comentario a la Ley 27.426 de reforma previsional. *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, Año 27, noviembre/diciembre, N° 161 (pp. 499- 504).

Jáuregui, G. J. (2017). Diversas formas de confiscar la movilidad de los jubilados. *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, Año 27, noviembre/diciembre, N° 161 (pp. 505-506).

Jaureguiberry, L. M. (1957). *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.

Paya, F. H. (h). y Yañez, M. T. (2015). *Régimen de jubilaciones y pensiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Paya, F. H. (h). y Yañez, M. T. (2017). La Ley de Reforma Previsional. *Revista La Ley*, 27/12/2017. Buenos Aires: La Ley.

Pla Rodríguez, A. (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

Podetti, H. A. (1970). Los problemas, principios y políticas de la seguridad social y el régimen nacional de previsión. *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, serie contemporánea (pp. 405-413).

Ramella, P. A. (1986). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

Ramírez Bosco, L. (2008). La progresividad de los derechos sociales. *Revista Trabajo y Seguridad Social* (pp. 107-125). Universidad Católica Argentina. Buenos Aires: Edit. Abeledo Perrot.

Legislación citada

Constitución Nacional.

Ley 20.744. Boletín Oficial de la República Argentina, 27/09/1974.

Ley 24.241. Boletín Oficial de la República Argentina, 18/10/1993.

Ley 24.476. Boletín Oficial de la República Argentina, 23/11/1995.

Ley 24.714. Boletín Oficial de la República Argentina, 18/10/1996.

Ley 26.417. Boletín Oficial de la República Argentina, 16/10/2008.

Ley 27.426. Boletín Oficial de la República Argentina, 28/12/2017.

Decreto 1058/17. Boletín Oficial de la República Argentina, 20/12/2017.

Jurisprudencia consultada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos 289: 430.

Fallos 307: 2366.

Fallos 319: 3241.

Fallos 322: 2458.

Fallos 327: 3753.

Fallos 328: 1602.

Fallos 328: 2833.

Fallos 329: 3089.

Fallos 330: 4866.

Fallos 331: 250.

Fallos 332: 2454.

Fallos 334: 198.

Fallos 338: 1347.

Otra jurisprudencia nacional citada

Causa: “Fernández Pastor, Miguel Ángel c/ Anses s/ Amparos y Sumarísimos”, sent. 5/6/2018, expediente nro. 138932/2017, de la Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala 3.

Fecha de recepción: 30-03-2018 Fecha de aceptación: 13-06-2018